

---

# LES ENJEUX LIES A LA PROTECTION DES DONNEES ET A LA CONFIDENTIALITE DES RELATIONS AVOCAT/CLIENT<sup>1</sup>

Daniel Fesler, avocat au barreau de Bruxelles, Baker & McKenzie

---

## 1. INTRODUCTION - EXPLICATIONS DE TEXTE

### 1.1. Confidentialité, légale ou matérielle

L'exercice de la profession d'avocat est, on le sait, subordonné à l'obligation cardinale de préserver le secret professionnel imposé au praticien par la loi et les règles déontologiques. Le principe du secret se traduit notamment par la possibilité qui est donnée à l'avocat de correspondre ou de s'entretenir confidentiellement avec son client ou, dans certains cas, ses confrères.

Cette confidentialité, tout à la fois devoir de l'avocat et privilège de ses clients, revêt un aspect légal en tant que sa méconnaissance se traduira en la responsabilité pénale ou civile de l'avocat suivant les circonstances.

Sur le plan civil, la simple négligence qui aura conduit à la révélation d'éléments couverts par le secret professionnel pourra être reprochée à l'avocat.

Sur le plan pénal, l'on recherchera plus souvent l'intention ou la volonté de violer le secret professionnel sans toutefois exclure, dans certains ordres juridiques, la sanction d'un comportement simplement involontaire ou à ce point désinvolte qu'on ne pourrait sérieusement le distinguer d'un comportement volontaire commandant l'application de la loi pénale.

Les législations protectrices de la vie privée ou plus généralement des données personnelles relatives à des personnes physiques et, dans certains cas, à des personnes morales, ont renforcé ce cadre juridique.

Parallèlement, l'avocat ne peut méconnaître les implications matérielles d'un tel régime. Ainsi doit-il avoir soin, dans l'exercice de sa profession, de prendre les dispositions assurant la protection effective des secrets qui lui sont confiés ou qu'il détient au sujet de ses clients.

---

<sup>1</sup> Le présent article s'inspire très largement de l'article intitulé « Confidentialité, sécurité et électronique au quotidien – L'expérience du barreau », publié par l'auteur dans *Cabinets d'avocats et technologies de l'information – Balises et enjeux* sous la direction scientifique de J.-F. HENROTTE et Y. POULLET, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, Bruylant, 2005, pp. 223 & ss. ainsi que d'un article intitulé « Confidentialité, sécurité et électronique au quotidien. L'expérience du barreau » in *Le Droit des affaires en évolution – le contrat sans papier*, édité par l'Institut des Juristes d'Entreprises, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 157 & ss..

Au même titre que l'on n'admettrait pas que les cloisons d'un cabinet médical ne soient pas correctement insonorisées, un avocat se doit de recevoir ou rencontrer ses clients dans des conditions qui permettent effectivement la préservation de la confidentialité de leurs échanges. Le choix des moyens de communication auquel il aura recours doit également être guidé par ce souci de confidentialité. De la même façon que l'usage de la carte postale paraît à l'évidence proscrit, l'utilisation du télécopieur demande des soins particuliers pour s'assurer, si nécessaire, que seul son destinataire supposé en prendra connaissance.

Dans ce contexte, l'avènement de la communication électronique n'a fait que réactualiser cette problématique puisque posant la question de son adéquation à la confidentialité qui s'attache à l'exercice de la profession d'avocat.

À première vue, la communication électronique ne devrait pas poser de problème particulier au regard de ses précurseurs qu'ont été la téléphonie ou la télécopie.

Pour autant, l'examen des activités des services de renseignement a révélé une grande perméabilité des systèmes de communication, plus particulièrement électroniques, laissant entendre que le courrier électronique pourrait être un moyen de communication moins sûr que la lettre postale.

Cela est sans doute vrai d'un point de vue technique dès lors qu'il est en effet plus simple d'intercepter une communication électronique et plus particulièrement digitale, sur la base des critères d'interception prédéterminés, garantissant ainsi, dans un réseau de télécommunication donné, l'interception de toutes les communications intéressant potentiellement telle agence de renseignement ou autorité judiciaire.

La réalité est quelque peu différente si l'on mesure le développement considérable qu'a connu la communication électronique depuis son apparition.

En conséquence, le risque, mesuré statistiquement, de voir une communication interceptée est relativement réduit en manière telle que l'utilisateur doit, au regard de cette technique, se poser des questions qui ne sont pas sensiblement différentes de celles qui se sont posées au sujet de la téléphonie ou de la télécopie.

## **1.2. Sécurité, juridique ou matérielle (ou les deux)**

La sécurité est sans aucun doute l'un des vocables les plus usités de notre temps. Il est par conséquent tout aussi difficile d'en donner une acception fédératrice et recouvrant en l'espèce l'ensemble des risques juridiques ou matériels qui accompagnent le développement et l'emploi des modes de communication électroniques.

Assurément, le juriste s'interrogera tout d'abord sur le niveau de sécurité « juridique » qu'offre la communication électronique au regard des autres modes de communication des employés. À cet égard, il ne fera une nouvelle fois que réactualiser un débat qui s'est déjà produit entre la communication écrite et la communication orale, la

deuxième occupant d'ailleurs un rang secondaire dans les pays de droit civil, au nom de la primauté de l'écrit.

La communication électronique ne doit toutefois pas être considérée comme un troisième mode de communication dont il conviendrait de fixer la position au regard de ceux visés ci-avant. En effet, les réseaux peuvent désormais être employés pour véhiculer des communications orales ou encore écrites. Bien plus, la communication électronique facilite grandement l'enregistrement et la transmission du son et de l'image en manière telle que l'on devra sans doute un jour remettre en question cette primauté de l'écrit telle que consacrée par le droit civil.

Il n'en demeure pas moins que les utilisateurs de modes de communication électroniques rechignent encore aujourd'hui à y reconnaître un lieu dans lequel peuvent se matérialiser des engagements ou conventions au même titre que dans la communication écrite ou orale traditionnelle.

Pourtant, quiconque examine le phénomène de l'internet aura constaté que celui-ci fut indiscutablement dynamisé par la mise sur pied de nouveaux modes d'échanges commerciaux qui n'ont nullement attendu que les interrogations juridiques formulées de toute part trouvent une réponse autorisée pour se mettre en place et constituer ce que l'on a un temps appelé la « nouvelle économie ». Cette apparent décalage entre le questionnement juridique et cette volonté entrepreneuriale montre bien que l'insécurité dénoncée par les uns n'a pas paru suffisante pour décourager les autres de prendre des risques et de réaliser des investissements peu ou prou payants.

Outre la question de la sécurité juridique, le praticien ne peut s'exonérer de s'interroger sur la sécurité matérielle des échanges électroniques. À cet égard, il est assez intéressant de relever que les juristes n'ont pas poussé de hauts cris au vu du remplacement progressif de la communication écrite traditionnelle par le courrier dit électronique.

Ce phénomène n'est cependant pas sans conséquence sur le plan de la sécurité des données échangées. Ainsi, l'examen de la pratique montre qu'aujourd'hui les entreprises ont une mémoire électronique particulièrement abrégée, et ceci, en raison, très trivialement, de la limitation imposée par les responsables des systèmes informatiques aux boîtes électroniques concédées aux membres de leur personnel. La durée de vie des données électroniques s'en trouve dès lors singulièrement raccourcie.

L'on a par ailleurs vu des virus se propager rapidement à travers les réseaux de télécommunication et profiter de nombreuses failles des systèmes d'exploitation les plus répandus de même que les éditeurs et plus généralement les titulaires de droit sur des œuvres sonores ou audiovisuelles ont accentué leurs efforts pour mettre fin au piratage de leurs œuvres, largement facilitées par les communautés d'échange sur les réseaux électroniques.

### **1.3. Électronique : nouvelles et anciennes technologies**

L'examen des nouvelles technologies renseigne que celles-ci posent en réalité, d'un point de vue juridique, peu de nouvelles questions. Le plus souvent, elles exacerbent des problématiques déjà connues, mais éventuellement moins fréquentées en raison du peu d'intérêt qu'elles revêtaient traditionnellement.

Assurément, lorsque la correspondance épistolaire, et cela ne remonte pas à plus de quinze ans, tenait encore le haut du pavé, on travaillait principalement à l'économie. La longueur des conventions, correspondances et autres échanges était ainsi limitée très prosaïquement par des contingences matérielles telles que la disponibilité des dactylographes ou les difficultés liées à leur reproduction.

L'avènement de l'informatique a également favorisé l'adoption des contrats dits « à l'américaine », c'est-à-dire relativement exhaustifs et complétés d'annexes, de même qu'elle a permis une certaine banalisation de la correspondance épistolaire. La télécopie, dans l'immédiate foulée de ce premier développement, a favorisé l'ubiquité de la communication écrite qui n'était, jusqu'alors, permise qu'à la communication orale à travers la téléphonie.

Le courrier électronique a en quelque sorte parachevé cette évolution puisque permettant la transmission de documents particulièrement élaborés, sans aucune considération de distance, de manière quasi instantanée.

## **2. L'APPROCHE DES UTILISATEURS**

### **2.1. Concurrence entre sécurité et rapidité des échanges**

Les utilisateurs des moyens de communication électronique sont à peu près d'accord pour en reconnaître le caractère moins sûr par rapport aux modes de communication traditionnels. C'est là une position en quelque sorte moyenne dont il importe peu de savoir si elle est conforme ou non à la réalité des choses. Le fait est que les utilisateurs ou observateurs des nouveaux moyens de communication électronique mettent régulièrement en cause leur sécurité. Pour autant, comme indiqué ci-dessus, cela n'a pas empêché le développement du commerce dit électronique ni sa progression, qui sans rencontrer les prévisions les plus optimistes qui avaient été formulées à cet égard, n'en sont pas moins réels.

Dans la pratique du barreau, l'on constate également qu'au-delà des craintes et, faut-il le dire, d'un certain conservatisme scriptural, la progression des modes de communication électronique et notamment du courrier électronique est néanmoins fulgurante. Ainsi, là où la télécopie avait pu capter entre 30 et 50 % des échanges d'écrits impliquant un avocat, le courrier électronique peut, pour certains praticiens, représenter plus de 80 voire 90 % de leurs échanges écrits. Ledit courrier est d'ailleurs également utilisé pour se substituer à la communication orale, jugée peu pratique à certains égards et surtout, ce qui est en soi une forme d'insécurité, comme ne laissant

aucune trace, à la différence du courrier électronique dont l'un des emplois non négligeables consiste précisément à la confirmation de conversations variées et diverses.

## **2.2. Sécurité et statistique**

Au-delà des craintes, qu'elles relèvent de fantasmes ou d'une analyse raisonnée des mécanismes mis en place, on doit bien constater que la communication électronique ne peut, sur le plan de la stricte sécurité matérielle, être considérée comme inférieure aux autres modes de communication. Le contenu d'une communication électronique est en soi protégé par le principe même qui gouverne le fonctionnement des systèmes informatiques, à savoir la reproduction à l'identique de l'information que ceux-ci sont amenés à traiter, sauf instruction contraire de l'utilisateur.

Plus généralement, une communication électronique consistant en la copie, de systèmes en systèmes, de la même information, le destinataire ne recevant qu'une copie d'une copie ... de l'original, on doit constater que l'on ne se trouve rarement confronté aux difficultés que peut connaître la transmission par télécopie, restituant des contenus illisibles, voire aucun contenu en cas de défaut de papier ou d'encre, tandis que les erreurs de transmission, autres que celles platement invoquées à titre d'excuses en définitive assez pauvres, seront largement inférieures aux difficultés rencontrées par la communication épistolaire.

## **2.3. Point de salut dans un rejet de la technologie**

Les éléments qui précèdent justifient en tout état de cause que l'on ne se prononce en défaveur des nouveaux moyens de communication électronique, ce d'une part parce que les motifs de ce faire ne s'appuient sur aucune réalité tangible et, d'autre part, parce que les utilisateurs n'ont jusqu'à présent pas eu cure des avertissements des cassandres professionnelles.

Si, par exemple, n'importe quel cabinet d'avocat dit d'affaires devait adopter pour politique d'en revenir à la communication écrite traditionnelle, voire tout au plus à la télécopie, il est peu probable qu'il serait pris au sérieux par sa clientèle.

# **3. LA LOI**

## **3.1. Le secret professionnel**

Il n'est nul besoin de rappeler encore que l'avocat est tenu de préserver le secret des confidences qui lui sont faites ou plus généralement des informations qui lui sont confiées par son client qu'il apprend de celui-ci, ce bien entendu sans préjudice des situations où il est normalement appelé ou autorisé à communiquer ou divulguer de telles informations.

Cette obligation ainsi faite à l'avocat l'est également aux tiers et plus particulièrement aux autorités judiciaires qui ne peuvent prétendre, dans la plupart des ordres juridiques, avoir accès aux informations détenues par un avocat au sujet de ses clients.

Cela se traduit, dans la pratique, par certaines restrictions quant à la saisie des pièces et correspondances détenues par les avocats.

### **3.2. La responsabilité professionnelle**

Il faut convenir que la communication électronique, encore une fois de par son abondance et sa relative permanence, contribuera à n'en pas douter au contentieux de la responsabilité de l'avocat.

À cet égard, la communication électronique ne doit cependant pas être regardée comme étant porteuse de tous les dangers.

Assurément, elle pourrait être utilisée pour faire la preuve contre un avocat, ou le cas échéant, son client, de la bonne ou mauvaise exécution de la mission de conseil ou de défense confiée au praticien.

Plus positivement, la communication électronique devrait faciliter le respect par l'avocat des délais judiciaires en autorisant notamment les significations, notifications ou dépôts au greffe par la voie électronique ou en permettant également la démultiplication de pièces originales, à caractère électronique s'entend, empêchant ainsi l'avocat d'être tenu pour responsable de leur éventuelle disparition.

### **3.3. La protection des communications**

La plupart des droits nationaux protègent le secret de la correspondance.

Dans certains cas, le législateur distingue la correspondance reçue ou destinée à un avocat pour restreindre ou exclure la possibilité pour les autorités judiciaires de les saisir.

Il échet cependant de souligner que, dans la plupart des ordres juridiques, la communication électronique et plus particulièrement le courrier électronique n'ont pas été assimilés à la correspondance postale pour l'application des règles gouvernant ou assurant leur secret.

En effet, compte tenu du média employé, la communication électronique a, dans la plupart des cas, été assimilée à la téléphonie, ce qui a entraîné, en règle générale, l'application de régimes parfois moins protecteurs.

L'on peut toutefois tracer un cadre juridique relativement commun à l'ensemble des pays européens en matière de communication électronique.

Tout d'abord, et conformément à l'article 5 de la directive vie privée et communications électroniques du 12 juillet 2002, les législations nationales garantissent la confidentialité des communications effectuées au moyen de réseaux publics de télécommunications et interdisent à toute personne, autre que les utilisateurs, d'écouter, d'intercepter, de stocker les communications et les données relatives au trafic y afférent, ou de les soumettre à tout autre moyen d'interception de surveillance, sans le consentement des utilisateurs concernés sauf lorsque cette personne y est légalement autorisée, conformément à l'article 15 de la même directive.

Il en découle qu'en règle, seules les parties intéressées par une communication électronique, étant son émetteur et son destinataire, peuvent en prendre connaissance et en disposer.

Il paraît dès lors que l'avocat qui a recours à la communication électronique peut, raisonnablement, s'appuyer sur la protection juridique qui s'attache à ses communications et ne doit par conséquent pas s'astreindre à des précautions extraordinaires au motif qu'il serait théoriquement et techniquement possible de prendre connaissance de telles communications.

En effet, au même titre qu'il n'était pas rigoureusement impossible de prendre connaissance de la correspondance postale, les avocats avaient néanmoins recours à celle-ci, mais s'abstenaient bien évidemment de recourir aux cartes postales ou aux plis ouverts.

Le deuxième volet de ce cadre juridique réside bien évidemment dans les possibilités dont disposent les sources d'autorité judiciaire et parfois policière de prendre connaissance des communications électroniques.

À cet égard, la situation de l'avocat sera peu ou prou prise en considération par les différents ordres juridiques des états européens.

En premier ordre, il paraît assuré que l'obligation au secret professionnel à laquelle sont astreints les avocats leur interdit de concourir à des recherches quelconques qui pourraient avoir pour conséquence la révélation ou la divulgation des secrets dont ils ont la garde.

Bien plus, il paraît judicieux de penser que ces autorités judiciaires ou policières pourraient, dans l'exercice de leurs prérogatives, avoir accès à des informations couvertes par le secret professionnel.

Si l'application de ce principe variera sans aucun doute d'un État-membre à un autre, l'on ne peut qu'inviter les avocats à être attentifs au sort qui leur est fait afin de déterminer le degré de sécurité juridique qui s'attache à leur correspondance électronique.

Au-delà de ces protections reconnues aux individus et des pouvoirs attribués aux autorités judiciaires, l'utilisateur d'un moyen de communication électronique est en

droit de se préserver de toute interception indésirable en recourant à l'emploi de la cryptographie, l'emploi de laquelle est libre sous la plupart des pays européens.

Il est à noter cependant que les autorités judiciaires ou policières pourront, dans certains cas, contraindre les personnes concernées à leur fournir les informations nécessaires aux fins d'accéder au contenu des communications cryptées. Il reste à déterminer si les avocats pourront se soustraire à ces contraintes ou s'il sera nécessaire de fournir de telles informations afin qu'au vu du contenu des communications dont question il soit décidé si elles doivent être soustraites à l'examen des autorités judiciaires et policières dont question ou si celles-ci peuvent en prendre connaissance.

Notons enfin que les communications électroniques peuvent être protégées par les dispositions légales sanctionnant la fraude informatique, ou le fait de modifier ou d'effacer des données reprises sur un système informatique ainsi que les dispositions réprimant les infractions consistant en la mise en cause de la confidentialité, de l'intégrité et de la disponibilité des systèmes et données informatiques.

### **3.4. La protection des données personnelles**

L'on ne peut bien entendu plus ignorer qu'au sein de l'Union européenne, la protection des données personnelles revêt une importance cardinale.

Les avocats n'y échappent assurément pas.

Ainsi, dès lors qu'ils traitent des données à caractère personnel relatives à des personnes physiques et, dans certains pays, à des personnes morales, ils sont tenus de se conformer aux législations nationales ayant transposé la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Pour mémoire, ladite directive entend par traitement une vaste étendue d'opérations portant sur des données personnelles, telles que leur collecte, leur enregistrement, leur conservation, leur organisation, ... ainsi que, et c'est plus particulièrement important, leur communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition.

Ainsi, la communication de données personnelles par courrier électronique tombera normalement dans le champ d'application de la directive et sera notamment assujettie aux règles de sécurité énoncées par celle-ci.

Ainsi, l'on rappellera que le responsable d'un traitement doit, en vertu de l'article 17 de la directive, « *mettre en œuvre les mesures techniques et d'organisation appropriées pour protéger des données à caractère personnel contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, l'altération, la diffusion ou l'accès non autorisés, notamment lorsque le traitement comporte des transmissions de données dans un réseau, ainsi que contre toute autre forme de traitement illicite* ». L'article 17 précise en outre « *ces mesures doivent assurer, compte tenu de l'état de l'art et des*

*coûts liés à leur mise en œuvre, un niveau de sécurité approprié au regard des risques présentés par le traitement et de la nature des données à protéger ».*

#### **4. EXAMEN EMPIRIQUE**

##### **4.1. Le courrier électronique**

Pour tout un chacun, le vocable « courrier électronique » renvoie aux messages qui s'échangent entre boîtes de courrier électronique identifiées par une adresse comportant invariablement une arobase (@).

Il s'agit là d'une erreur de perspective. Le courrier électronique embrasse en effet toute forme de communication écrite empruntant les réseaux de télécommunications, internes ou externes. Les messages courts ou multimédias que l'on reçoit ou expédie à partir d'un appareil de téléphonie ou de mobilophonie plus ou moins sophistiqué ressortissent au courrier électronique ; il en va de même des messages échangés sur les systèmes de communication directe d'ordinateur à ordinateur<sup>2</sup>.

\* \*  
\*

L'emploi du courrier électronique s'est imposé à l'avocat tout comme la télécopie. Synonyme d'accélération des communications, il permet une plus grande fluidité dans la transmission des informations entre clients, avocats, parties adverses, tiers intervenants, ....

Source d'économie pour le justiciable, la correspondance électronique peut, sous cet angle, se révéler bénéfique pour l'exercice de la profession d'avocat.

L'on doit d'ailleurs constater que, de manière générale, les ordres des avocats n'ont pas tenté d'aller à l'encontre de cette évolution. L'usage du courrier électronique par les avocats s'est imposé de lui-même ; il fût même, dans certains cas, validé par les autorités ordinales.

L'on relèvera cependant que, jusqu'à ce jour et nonobstant de trop rares exceptions, le recours par l'avocat au courrier électronique s'est opéré sans que l'on s'interroge sérieusement sur la question de sa signature ou, plus précisément, de l'absence de signature qui le caractérise dans l'immense majorité des cas.

Serait-il dès lors concevable qu'un courrier électronique non signé n'engage pas son auteur à un titre quelconque ?

---

<sup>2</sup> L'article 2 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (1) définit le courrier électronique comme : « *tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère.* »

Ce n'est pas mon avis.

En règle, l'exigence de signature vise à régler les questions de preuve, sans pour autant constituer une condition de la validité de l'acte ainsi souscrit. Un avocat qui adresse un avis à son client par la voie électronique, sans pour autant signer celui-ci, n'en prend pas moins la responsabilité de cet envoi et de son contenu. Un tel acte constitue d'ailleurs rarement un engagement devant satisfaire à des règles *ad hoc* pour qu'il puisse en être rapporté une preuve valable. En réalité, il s'agit plus souvent d'une recommandation, d'un avis formulé sous la forme d'une consultation, d'un projet de contrat ou d'acte judiciaire, soit des actes posés par l'avocat dans l'exercice de sa profession et qui, comme tels, engagent sa responsabilité. Dans l'hypothèse où, ce faisant, l'avocat manquerait à son obligation de prudence et de diligence ou violerait une norme lui imposant ou lui interdisant un comportement déterminé, la partie préjudiciée pourrait le plus souvent en apporter la preuve par toutes voies de droit.

L'on notera toutefois, dans certains cas, que les échanges auxquels prend part un avocat peuvent s'inscrire dans le cadre de la formation d'engagement contractuel en manière telle que des règles de preuve particulières, telles que celles requérant la production d'un écrit signé seraient d'application. L'avocat dont la communication pourrait donc devoir faire foi d'un engagement quelconque pris au nom ou au bénéfice de son client ou à son bénéfice propre sera dès lors bien avisé de s'assurer que ces règles de preuve soient effectivement respectées.

La question se pose dès lors de savoir si les avocats doivent ou non signer leur correspondance électronique.

La réponse ne paraît pas douteuse lorsque l'avocat concourt à la création d'engagements dont il devrait, le cas échéant, se réserver la preuve pour son propre bénéfice ou celui de son client. Dès lors, et en fonction des ordres juridiques concernés, l'avocat sera alors bien inspiré de recourir à des moyens de signature électronique qui lui permettront de satisfaire aux exigences posées par les législations nationales concernées en matière de production d'écrits signés.

Qu'en est-il des autres communications ? Je citerai ici la déontologie de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles qui exige que toute correspondance d'un avocat soit signée par celui-ci, sauf empêchement<sup>3</sup>.

Je vois pour ma part dans cette exigence de signature de la correspondance des avocats, non pas un rappel incertain des règles de preuve plus générales, mais bien un garde-fou mis en place par la déontologie en vue de protéger les avocats contre toute inter- ou extrapolation de leurs avis ou actes posés dans le cadre de l'exercice de leur profession. La signature qu'appose l'avocat au bas de sa correspondance ne vise pas à

---

<sup>3</sup> *Recueil des règles professionnelles*, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, 2004, n° 290.

faciliter la preuve par le destinataire de la teneur d'un tel écrit mais a pour fonction de protéger l'avocat contre la supposition d'écrits dont il ne serait pas l'auteur.

Par sa signature, l'avocat authentifie l'écrit qu'il s'attribue et se donne la possibilité de vérifier ultérieurement. Dans le cadre de la correspondance électronique, il me paraît dès lors que la controverse qui prévaut chez certains auteurs pointus quant à l'assimilation ou non de la simple reproduction du prénom et du nom de l'auteur d'un écrit électronique à une signature est de nul intérêt sur le plan pratique.

En effet, la question de savoir si la simple apposition de l'identité de l'auteur d'une correspondance électronique au bas de celle-ci vaut ou non comme signature au regard des dispositions légales en vigueur ne saurait soulager l'obligation déontologique faite à l'avocat de se réserver une preuve suffisante des avis qu'il énonce. L'avocat prendra dès lors soin de recourir à des moyens d'authentification de ses communications qui lui permettront, le cas échéant, de contester effectivement toute inter- ou extrapolation de celles-ci.

Techniquement, il pourra réaliser cet objectif à l'aide de moyens de signature électronique qui, sans nécessairement répondre à la définition de la signature électronique qualifiée ou parfaite au sens de la directive du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, permettront son identification en tant que signataire et garantiront l'intégrité du document électronique ainsi signé. Le recours à un certificat électronique obtenu en ligne sans vérification préalable d'identité, mais moyennant l'usage d'une adresse de correspondance électronique dûment déclarée à son Ordre me paraîtrait suffisant à cet égard. Bien entendu, l'emploi d'un certificat électronique qualifié permettant la génération d'une signature du même ordre par le recours à un dispositif sécurisé de création de signature aura pour avantage de permettre à l'avocat de satisfaire toute exigence de preuve quant à la validité de sa signature s'il devait échoir.

En tout état de cause, l'emploi d'un certificat électronique de signature ou de moyens équivalents s'indique et, selon moi, s'impose, en toute hypothèse où un avocat (i) entend conférer à sa correspondance électronique avec un confrère un caractère non confidentiel – ou si une telle correspondance est susceptible d'acquérir un tel caractère –, (ii) correspond directement avec la partie adverse en personne, ou (iii) émet un avis susceptible d'engager sa responsabilité.

Le recours à la technique de la signature n'épuise cependant pas la gamme des précautions qui peuvent être prises par l'avocat dans l'utilisation du courrier électronique.

Comme dit ci-dessus, le courrier électronique se caractérise par une multiplicité croissante de formes dont certaines ne présentent pas la permanence reconnue à l'écrit physique, et que l'on peut sans trop de difficultés reconnaître également pour le courrier électronique standard. L'avocat sera donc conscient que l'emploi de techniques comme les messages courts ou de formes similaires de communication se

caractérise par une grande incertitude quant à l'acheminement correct de telles correspondances ou encore quant à la préservation de leur contenu. Les avocats doivent toutefois être avertis que même si l'enregistrement de telles communications présente certaines difficultés, il n'est pas rigoureusement impossible. Le risque existe donc de voir des avocats embarrassés par des écrits que l'on croit généralement volatiles.

#### **4.2. L'adresse électronique**

Je citerai encore la déontologie belge et notamment le règlement de l'Ordre des barreaux francophones et germanophones du 21 octobre 2002 relatif à l'usage des technologies de l'information et de la communication qui prescrit que l'avocat informe son Ordre « *des adresses électroniques auxquelles il peut être contact ainsi que des modifications qui y sont apportées* », de même qu'il doit aviser ses correspondants lorsqu'il n'utilise plus une adresse électronique donnée.

Le même règlement régit également le choix de l'adresse électronique en tant qu'il n'autorise l'utilisation, par un avocat, d'une adresse électronique « *reproduisant un terme générique évocateur de la profession d'avocat ou du barreau* » que moyennant l'inclusion « *[d'] un terme distinctif tel que son nom ou celui de l'association dont il est membre, le cas échéant en abrégé* ». Une telle prescription était bien entendu judicieuse pour éviter que d'aucun ne s'attribue le bénéfice d'adresses génériques susceptibles de drainer automatiquement la clientèle de ses confrères.

Peut-on en rester là ? Tel n'est pas mon sentiment.

En effet, il pourrait être aisément considéré que l'utilisation d'adresses électroniques par trop commerciales ou, le cas échéant, permettant aux prestataires de services concernés de modifier le contenu d'un courrier électronique<sup>4</sup>, ne paraît pas conforme à l'obligation de dignité qui gouverne l'exercice de la profession d'avocat.

De même, l'utilisation d'adresses de courrier électronique collectives ne me paraît pas conforme aux règles légales et déontologiques qui gouvernent le secret professionnel de l'avocat.

Ces quelques réflexions reviennent à dire que les avocats seraient sans doute avisés de recourir à des adresses de courrier électronique qui leur soient entièrement personnelles, ce notamment en procédant à l'enregistrement d'un nom de domaine renvoyant à leur propre identité ou à la raison sociale de leur cabinet. Les solutions commerciales permettant cette pratique sont désormais largement diffusées sur le marché des services électroniques et ne sont pas d'un coût prohibitif.

---

<sup>4</sup> Ainsi que c'est le cas avec des services de courriers gratuits tels que Hotmail ou Yahoo qui complètent les courriers véhiculés par leurs serveurs de messages à caractère publicitaire.

### 4.3. L'acheminement de la communication électronique

Au-delà du contenu d'une correspondance électronique, il se pose souvent – du moins sur le plan théorique – la question de son bon acheminement. Il s'agit là en fait d'une question datée. En effet, il ne serait venu à personne l'idée de la poser il y a une vingtaine d'années, avant même l'avènement de la télécopie, dans la mesure où l'avocat recourait pour la plupart de ses communications formelles au courrier postal et se fiait à la bonne réputation du service public de la Poste pour garantir l'acheminement et la réception de ses épistoles.

Le télécopieur a dérégulé cette belle mécanique en permettant à l'expéditeur de vérifier et, le cas échéant, de conserver une preuve plus ou moins convenable du bon envoi et de la bonne réception de sa correspondance. La tentation semble dès lors irrésistible, dans le chef des avocats, de se réserver une preuve équivalente, sinon supérieure, en ce qui concerne l'expédition de courriers électroniques.

Techniquement, on relèvera que les différents systèmes intervenant dans l'acheminement de la correspondance électronique prévoient la possibilité d'obtenir un accusé de réception, voire un accusé de lecture des courriers envoyés. La forme probante de tels récépissés est sans doute équivalente à celle des récépissés d'envoi générés par les appareils de télécopie et l'on ne saurait trop recommander l'emploi de ces techniques pour l'expédition de courriers électroniques non confidentiels dont nous suggérons plus haut qu'ils devraient être signés électroniquement.

Notons toutefois qu'il s'agira là d'une question de convenance dès lors que l'avocat devrait continuer à être cru sur parole quant à l'envoi de sa correspondance, et ce, quel que soit le mode de communication employé.

Dans les cas où, en vertu d'une règle contraignante quelconque, l'avocat devrait se réserver la preuve formelle d'un envoi, l'emploi du courrier recommandé électronique constituera vraisemblablement l'une des voies à suivre. Il ne faudrait toutefois pas oublier la possibilité réservée aux avocats de demander à leurs correspondants un accusé de réception « manuel ».

\* \*  
\*

Examiner la question du bon acheminement d'une communication électronique exige bien entendu de s'interroger sur les risques d'interception non autorisés de cette communication ainsi que des moyens d'y parer.

Comme indiqué ci avant, la seule existence d'un risque d'interception et sa possibilité technique ne distinguent pas radicalement la communication électronique de la correspondance épistolaire traditionnelle.

L'on s'attendra donc à ce que l'avocat fasse preuve vis-à-vis de la première des mêmes soins qu'il réserve à la seconde.

Ainsi, on proscriera l'utilisation de moyens ouverts de communication, tels que les blogs, ou un site internet accessible au public, pour abriter des communications entre un avocat et son client au même titre que l'on s'abstiendra d'avoir recours à la carte postale ou au pli ouvert pour la correspondance traditionnelle.

Il me paraît également que l'avocat devra veiller à recourir à des moyens de communication électroniques sérieux. Il sera donc responsable du choix de ses outils de telle façon que le risque d'interception de sa correspondance ne soit pas augmenté par le recours à des réseaux privés ou publics insuffisamment ou notoirement sécurisés.

Faudra-t-il pour autant recommander ou exiger de l'avocat qu'il ait recours à des techniques de cryptage pour protéger ses correspondances électroniques.

S'agissant de la communication de point à point, la réponse me paraît devoir être négative.

En effet, moyennant le respect des précautions évoquées ci avant, l'on peut considérer que la correspondance électronique n'entraînera pas de risque accru d'interception par rapport à la correspondance traditionnelle. L'on distingue dès lors difficilement pour quelles raisons l'avocat devrait prendre des précautions extraordinaires concernant cette forme de communication.

D'autre part, on soulignera que, dans l'état actuel de la technique, l'on ne peut procéder au cryptage de ses communications électroniques que moyennant la collaboration du destinataire dont on doit détenir la clé publique de cryptage.

À défaut, on ne pourra avoir recours qu'à des techniques de cryptage dites symétriques qui sont en réalité peu commodes et requièrent en général que la clé ou le code de décryptage soient communiqués en clair, ce qui amoindrit bien évidemment la sécurité générale du procédé.

Les avocats seront cependant bien inspirés de s'informer des possibilités de cryptage de leurs communications à l'aide des moyens mis à leur disposition par des logiciels d'utilisations courante. Dans certains cas, et tenant compte des moyens employés, ils seront également bien inspirés d'informer leurs correspondants des risques liés à l'utilisation de la communication électronique et des possibilités de contrer ceux-ci.

En tout état de cause, l'avocat devra tenir compte d'éventuelles demandes de la part de ses correspondants de recourir au cryptage et veillera à prendre les mesures appropriées pour satisfaire celles-ci.

#### **4.4. Les autres modes d'échange électronique**

L'on aurait tort de se cantonner à la seule question de la correspondance électronique.

Les avocats ont en effet à leur disposition d'autres modes d'échange par la voie électronique avec leurs clients ou avec des tiers tels que des chambres de négociations sécurisées sur internet, les extranets, ....

La mise en place ou l'utilisation de tels outils pose sans doute moins de difficultés que celle du courrier électronique.

En effet, ces outils se caractérisent d'emblée et le plus souvent par l'utilisation de méthodes d'identification et d'authentification des utilisateurs ainsi que de cryptage des communications qui en renforcent la sécurité de façon notable par comparaison avec les modes plus traditionnels de communication.

On voit ainsi des avocats proposer aujourd'hui à leurs clients d'accéder en ligne à leurs dossiers, tout au moins en partie de celui-ci qu'ils sont en droit de consulter, sur le titre d'un service d'information que l'avocat entend rendre à son client.

L'avocat qui y recourra devra bien entendu veiller à ce que les dispositifs mis en place présentent un niveau de sécurité suffisant pour éviter que les codes d'accès qu'il délivrerait à ses clients puissent être compromis et plus encore, pour s'assurer, que ces codes soient effectivement désactivés en toute hypothèse où leur détenteur, par exemple, l'organe ou l'employé d'une société, se verrait retirer le droit de consulter pareil dossier.

De même, chaque fois que des informations seront mises en ligne, il conviendra de les crypter afin qu'elles ne puissent être interceptées par des tiers.

#### **4.5. L'archivage**

A l'origine, la communication électronique était perçue comme d'un rang inférieur à la correspondance traditionnelle.

On a par conséquent attaché une importance moindre à sa conservation.

Une telle approche n'a jamais été défendable dès lors que les avocats sont en règle astreints à une obligation de conservation de leurs dossiers. Elle l'est d'autant moins aujourd'hui que nombre de communications émises ou reçues par les avocats le sont sous la forme électronique sans que l'on prenne plus la peine de procéder à des envois traditionnels concomitants.

Il importe dès lors d'insister sur la nécessité absolue pour les avocats de conserver et archiver leurs communications électroniques autres que leurs conversations téléphoniques.

Il importe de souligner à cet égard que cette obligation de conservation ou d'archivage ne pourra être remplie correctement par la simple impression sur papier de la correspondance électronique. En effet, une telle approche résultera dans de nombreux cas à dégrader la valeur probante des écrits électroniques ainsi conservés. Dès lors que

la particularité d'une signature électronique, à tout le moins avancée, est qu'elle n'a ce caractère que sous forme électronique, la version imprimée d'un original électronique signé n'aura que le caractère d'une copie et se verra affectée d'une valeur probante moindre.

S'agissant de la correspondance non signée, on relèvera que la correspondance électronique comporte certaines caractéristiques, telles que des codes ou caractères cachés, des tailles de fichiers et autres qui permettent, si nécessaire, d'en examiner et, le cas échéant, d'en vérifier l'authenticité avec ou sans signature avancée. Leur archivage électronique est par conséquent également souhaitable.

Il importe dès lors que les avocats recourent à des techniques d'archivage qui prennent en compte la nature électronique d'une part croissante de leurs dossiers.

Les solutions de conservation et d'archivage retenues devront bien entendu viser à contrer les risques plus courants que rencontre tout utilisateur des systèmes et réseaux informatiques, étant la propagation de logiciels malicieux en tout genre, l'accès non autorisé aux données et systèmes ... Nul besoin pour l'avocat de se muer en informaticien du dimanche pour ce faire, une analyse raisonnée du marché livrera des réponses très satisfaisantes.

## **5. CONCLUSION**

L'étude qui précède est sans prétention scientifique.

Elle entend montrer les enjeux réels d'une emprise toujours plus importante de la communication électronique sur la pratique du barreau.

Il convient, fondamentalement, de faire la part des choses entre les craintes qui s'expriment ci et là et la réalité des risques effectivement encourus par ceux qui recourent aux nouvelles technologies dans leurs échanges, et plus particulièrement lorsqu'ils les emploient à des fins juridiques.

Les risques réels ne sont en définitive pas supérieurs voire sont inférieurs dans la plupart des cas aux risques encourus dans la communication traditionnelle. La facilité de la communication électronique nous les fait toutefois ressentir avec plus d'acuité.

Une analyse raisonnée et tempérée de ces risques nous indique également la voie à suivre pour y faire face.

7 novembre 2005<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Pour des raisons de correction, la présente note a été rédigée sans tenir compte à ce stade des recommandations que formulera éventuellement la C.C.B.E. en matière de recours par les avocats aux technologies de

---

l'information et de la communication ; elle doit donc être lue comme une modeste contribution à la réflexion qui devrait mener à l'adoption de telles recommandations et d'autres.